Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

Archiv
für die
civiliſtiſche Praxis.

Vier und zwanzigſter Band. Zweites Heft.

I.

Ueber die drei vitia possessionis.

Von

Herrn Dr. **T. Brackenhoeft**, Privatdocenten in Heidelberg.

Einleitung.

Iſt die Perſon ein Weſen, welches mit der rechtlichen Fähigkeit begabt iſt, Rechtsverhältniſſe im engern Sinne, oder vermögensrechtliche Verhältniſſe [1], zu erwerben, zu haben und ſich zu erhalten, ſowie ſich derſelben wiederum zu entäußern, ſo liegt es zu Tage, daß ihr Befugniſſe zu freier Thätigkeit zuſtehen müſſen, welche bloß in ihrer Perſönlichkeit gegründet, und nicht Inhalt eines Rechtsverhältniſſes im engern Sinne ſind. — Das Gebiet ſolcher Befugniſſe eines Einzelnen läßt ſich aber nicht, wie das ſpecieller oder concreter Rechtsverhältniſſe i. e. S. nach Raum und Zeit feſtſtellen; man kann den Begriff der Perſönlichkeit beſtimmen, aber man kann keinen nach Raum und Zeit beſtimmten Kreis in der Auſſenwelt angeben, in welchem irgend eine beſtimmte Perſon, bloß vermöge ihrer Perſönlichkeit, eine ausſchließliche Thätigkeit zu üben befugt wäre. — So beſtimmte Gränzen können für den rechtlichen Verkehr nur durch die eigentlichen Rechtsverhältniſſe und durch die körperliche Perſönlichkeit gezogen ſeyn; außer-

1) Ueber die Unterſcheidung zwiſchen Rechtsverhältniß im engern Sinne und dem Status der Perſon: m. Identität und Connexität der Rechtsverh. u. ſ. w. §. 2 S. 9—13.

halb der dadurch gebildeten Kreise herrscht freie willkürliche Thätigkeit Aller, und Jeder erwirbt hier, was er erwerben will.

Es ist aber nicht weniger klar, daß wenn Alle in diesem Gebiete des Erwerbes nach Willkür handeln, sie dabei mit einander in Collision gerathen werden, daß eine Auctorität erforderlich ist, um diese Collision zu heben, wenn nicht das s. g. Recht des Stärkeren gelten, und daß diese Auctorität dabei nach gewissen Normen verfahren muß, wenn sie nicht in willkürliche Gewalt ausarten soll. — Das Aufstellen von Normen für dieses Gebiet, fiel in den Kreis des Edicirens des römischen Prätors; und daraus erklärt sich überhaupt das Verhältniß des s. g. jus honorarium zum jus civile [2]). — Die Aufgabe des jus honorarium mußte die seyn, gewisse Momente festzustellen, bei deren Daseyn bei einer der collidirenden Personen, diese gegen die andere rechtlichen Schutz erlangen sollte. — Diese Momente konnten hier, im Gebiete der Thatsachen, und bei der dem Prätor mangelnden Fähigkeit jus zu bilden, auch nur Thatsachen seyn [3]). Das Princip, nach dem sie bestimmt wurden, durfte die hier herrschende Willkür eines Jeden, für sich zu erwerben, aber nicht verletzen; der Prätor konnte nicht Jedem, der eine gewisse Thatsache in der Außenwelt für sich hervorgerufen hatte, ohne Verstoß gegen jene Willkür, schon Schutz gewähren, sondern nur demjenigen, der bei ihrer Herbeiführung nicht mit dem auf Erwerb oder Erhaltung von Rechten gerichteten Willen eines Andern, der schon einen gewissen Grad der Verwirklichung erreicht hatte, im Widerstreit gewesen war, der nicht vi oder clam im Verhältnisse zu ihm gehandelt hatte, und der nicht von solchem Willen eines Andern sich in Ansehung dieser Thatsache abhängig gemacht, sondern vielmehr für sich seinen Sonderwillen verwirklicht, der

2) Eine genauere Erörterung dieser Ansicht muß einer andern Gelegenheit vorbehalten bleiben, um so mehr, als sie mit dem Inhalte eines andern Aufsatzes, der von mir seit geraumer Zeit zur Mittheilung in einer andern Zeitschrift versendet worden, in Verbindung steht.

3) Inwiefern sich dies modificirt, darauf kommt es hier nicht an.

nicht precario im Verhältniſſe zu jenem einen gewiſſen Zuſtand begründet hatte. — Wer nun auf untadelhafte Weiſe einen gewiſſen factiſchen Zuſtand für ſich hat, der ſoll für denſelben den Schutz des Prätors gegen jede willkürliche Einwirkung Anderer auf denſelben genießen; und durch dieſen Schutz der einmal geſchehenen fehlerfreien Verwirklichung der Willkür, gegen die noch nicht, oder fehlerhaft, geſchehene Verwirklichung der Willkür Anderer, wird die Willkür Aller hier rechtlich geſichert. — In ſolchen Fällen, wo zwei Subjecte in ihren an ſich, nämlich abgeſehen von der Colliſion, ihrer Willkür anheim gegebenen Handlungen in einem Gegenſtande collidiren, ohne daß das eine die Perſönlichkeit oder ein eigentliches Rechtsverhältniß des Andern verletzt, oder doch ohne daß eine ſolche Verletzung bei dem Begehren des Schutzes in Frage geſtellt wird, alſo bei Beſitzſtreitigkeiten im weitern Sinne, wird dieſer Schutz regelmäßig durch Interdicte ertheilt [4].

§. 1. Rechtliche Natur des Beſitzes und Grund der Interdicte.

Bekannt iſt es, daß wenn ein factiſcher Zuſtand als Beſitz im eigentlichen Sinne gelten ſoll, er in einer ausſchließlichen Herrſchaft über einen Körper beſtehen muß. Die Beantwortung der ſtreitigen Frage: ob dieſer Zuſtand ein Rechtsverhältniß ſey? [5] hängt von dem Begriffe ab, den man mit dieſem letzteren verbindet. — Verſteht man unter einem Rechtsverhältniſſe ein in der Rechtsidee gegründetes intellectuelles Band zwiſchen der Perſon und einem Gegenſtande oder einer

4) Zur Rechtfertigung dieſes Geſichtspunktes kann hier einſtweilen nur auf das Nachfolgende verwieſen werden. Der allgemeinſte Charakter der hierher gehörigen Verletzungen iſt zwar der der injuria (vgl. L. 1. §. 2. D. quod vi aut clam 43. 24), aber dennoch ſondert die Verletzung eines außer der Perſönlichkeit liegenden Zuſtandes ſich von der eigentlichen injuria, der Verletzung der rechtlichen Perſönlichkeit. — Vergl. unten §. 1. Note 25.

5) Vergl. Savigny: Das Recht des Beſitzes §. 5. Aufl. 6. S. 24 bis 30. Mühlenbruch: Die Lehre von der Ceſſion. Aufl. 3. §. 2. not. 8. — Die Frage ſtellt ſich übrigens in Anſehung der quasi possessio ebenſo, wie bei der wirklichen

andern Person [6]), so ist der Besitz im römischen Rechte kein solches [7]); er ist kein jus, und der prätorische Schutz kann ihn zu einem solchen nicht erheben [8]). — Nennt man aber jedes Verhältniß, für welches es einen richterlichen Schutz gibt, ein Rechtsverhältniß, so kann auch der Besitz als ein solches betrachtet werden; und man kann dann auch die Ansicht aufstellen, daß der factische Zustand hier von einem Rechtsverhältnisse begleitet werde, welches den rechtlichen Schutz für ihn erzeuge [9]), wiewohl derselben entgegensteht, daß das Bestehen dieses Rechtsverhältnisses dann von der Dauer des ihm entsprechenden factischen Zustandes, oder von seiner Verwirklichung, abhängig seyn würde [10]). Immer aber ist der Besitz ein Grund, oder eine causa, des Erwerbes oder der Erhaltung von Rechten, und nicht bloß der Besitz fremder, sondern auch der Besitz eigener Gegenstände. Denn es hat der fehlerfreie Besitz immer diese Bedeutung, gleichviel, ob man den besessenen Gegenstand selber durch Usucapion, oder die Früchte desselben [11]) oder etwa nur den prozessualischen Vortheil im

6) Vergl. m. Identität u. s. w. §. 2. S. 24 ff. S. 33 ff.

7) Daß der Besitz den Römern deshalb als ein Rechtsverhältniß gelte, welches die Besitzrechte zur Folge habe, weil dasselbe den Willen der Person bekunde, diese Sache für sich zu haben (Darstellung der Lehre vom Besitz u. s. w. von einem preuß. Juristen. Berlin 1840. S. 37.), ist wohl nur eine ungenaue Ausdrucksweise.

8) Vergl. hierüber: Mühlenbruch in der Recension von Gans Oblig R. Heidelb. Jahrb. v. 1821. S. 50 ff. Keller über Litiscontest. und Urtheil. S. 86. 114. 117. 118.

9) Vgl. Hasse l. j. im Rhein. Mus. VI. S. 188 ff.

10) Wo die Römer etwas Aehnliches haben, z. B. wenn sie von einem in bonis esse reden, weil Jemand eine exceptio und actio hat (L. 52. D. de A. R. D. 41. 1.), da hängt dies doch nicht von der Fortdauer eines factischen Zustandes ab. — Ein Rechtsverhältniß solcher Art hat auch an sich keinen Inhalt, sondern ist nur ein vorgestellter Grund des Schutzes für einen solchen, ein intellectueller Zustand, ähnlich wie eine intellectuelle Gewere.

11) Gegen die Ansicht von Savigny a. a. O. §. 8. u. §. 22 a. S. 14 — 16. S. 312 — 320, daß für den bonae fidei possessor dieselbe Accession gelte, wie für den Eigenthümer; indem jener

Prozeſſe Beklagter zu ſeyn [12]), dadurch erlangt; indem das mehr oder weniger ja nur auf die Quantität der im Inter-

---

nämlich publicianiſches Eigenthum an der res ſelber habe, und deshalb die Früchte erwerbe, an denen er im Augenblicke der Separation ein eben ſolches beſonderes Eigenthum erwerbe; ſ. Unterholzner A. f. c. V. VIII. No. 13. Backe: bonae fidei possessor quemadmodum fructus suos faciat Berol. 1825. Zimmern: Erlang. Jahrb. Bd. II. S. 237 ff. Rh. Muſ. III. S. 351. E. Huſchke: Tüb. krit. Zeitſchr. II. S. 203 — Es erwirbt die Früchte auch ja nicht bloß derjenige b. f. possessor, welcher in conditione usucapiendi iſt, ſondern jeder (L. 48. D. de A. R. D. 41. 1. „Nec interest ea res, quam bona fide emi, longo tempore capi possit, necne: veluti si pupilli sit etc.“), ſelbſt der Fauſtpfandinhaber (L. 22. §. 2. D. de pignor. act. 13. 7. „Si praedo rem pignori dederit: competit ei et de fructibus pignoratitia actio: quamvis ipse fructus suos non faciet . . . proderit igitur ei, quod creditor bona fide possessor fuit“) — Der Fruchterwerb iſt von der Uſucapion der res ipsa durchaus unabhängig: denn er ſetzt nicht mehr voraus als das Factum der bonae f. possessio der res ipsa. Seine causa iſt bloß dieſe. — Erwerb durch Acceſſion würde aber das Rechtsverhältniß des Eigenthums an der res ipsa vorausſetzen, indem die conditio usucapiendi (denn ſ. g. publicianiſches Eigenthum iſt kein jus) zu dieſer doch nicht eo ipso auch in Anſehung der Früchte beſteht, ſobald ſie beſondere res geworden ſind. — Der Erwerbsgrund der res ipsa und der der fructus ſind vielmehr ſo unabhängig von einander, daß die causa für jenen ſich nicht auf dieſen erſtreckt (L. 2. D. pro suo 41. 10).

12) Der Einwand von Savigny a. a. O. §. 3. S. 14—16: daß es keine Folge des Beſitzes ſey, daß der Beſitzer oder Beklagte von der Beweislaſt befreit, ſondern Folge prozeſſualiſcher Norm, iſt zwar richtig; er trifft aber den Satz: daß der Grund, weßhalb der Beſitzer Beklagter iſt, in ſeinem Beſitze liegt, nicht. — Ueberdieß hat aber auch ein ſolcher beklagter possessor den Vortheil, daß er nicht wie ein debitor morosus behandelt, ſondern durch unverſchuldeten Untergang oder Verluſt des beſeſſenen Objects von ſeiner Verpflichtung aus dem Streitverhältniſſe befreit wird (L. 21. L. 27. §. 1. D. de R. V. 6. 1. vgl. L. 36. §. 1. L. 42. L. 63. L. 16. pr. D. eod. L. 11. D. judic. solvi 46. 7). Dieß gilt indeß nicht bloß bei der Eigenthumsklage, ſondern auch bei der actio ad exhibendum (L. 7. §. 5. D. ad exhib. 10. 4. vgl. L. 8. L. 11. §. 2 D. eod.) und eben ſo bei der hereditatis petitio (L. 41. pr. D. in f. de H. P. 5. 3. vgl. L. 4. L. 18. §. 1. D. eod.). —

dictsverfahren zu erlangenden Entſchädigung Einfluß hat [13]). — Dieſe Vortheile ſind das rechtliche Intereſſe des Beſitzes; ſeine innere Seite iſt der Gebrauch des beſeſſenen Gegenſtandes zum Erwerbe und zur Erhaltung von Rechten [14]), ſeine äußere Seite iſt die ausſchließliche Herrſchaft über den Gegenſtand, die ihn von dem bloßen Gebrauche unterſcheidet. — Dieſes Intereſſe iſt der Grund des Interdictenſchutzes für den Beſitz [15]), der neben der Selbervertheidigung [16]) ein Zubehör ſeiner äußern Seite iſt. Von allen Interdicten ſagt Paulus [17]) ſie würden nicht aus dem Grunde gegeben, damit man den Beſitz haben ſolle, nicht um des Beſitzes ſelber willen, ſondern um des Eigenthums willen, welches man durch den Beſitz erlange oder ſich erhalten könne. Nur dieſen Sinn kann es haben, wenn er von ihnen ſagt: proprietatis non possessionis causam habent [18]). Und dies iſt nach ihm nicht nur bei den-

13) Vgl. L. 3. § 11. D. Uti possidetis 43. 16.

14) L. 115. D. de V. S. „Possessio usus, ager proprietas loci est.“ — Dies paßt aber nur auf die naturalis possessio, nicht auf die bloß auf prätoriſchem Schutze beruhende (vergl. unten §. 2) welche nur die äußere Seite der possessio iſt.

15) Daher geht auch die Condemnation auf daſſelbe. L. 3. §. 11. D. cit. „In hoc interdicto condemnationis summa refertur ad rei ipsius aestimationem. Quanti res est, sic accipimus, quanti uniuscujusque interest, possessionem retinere. Servii autem sententia est existimantis, tanti possessionem aestimandam, quanti ipsa res est, sed hoc nequaquam opinandum est: longe enim aliud est rei pretium, aliud possessionis.“

16) Daß dieſe auch dem detentor alieno nomine zuſteht (Savigny a. a. O. S. 17) redet nicht dagegen, weil er dabei nur Werkzeug des possessor iſt.

17) Lib. 3 ad. ed. L. 2. §. 1. 2. D de interd. 43. 1.

18) L. 2. § 1. 2. D. cit. . . . „Reliqua interdicta rei familiaris causa dantur . . . ut non sit mirum, quae interdicta ad rem familiarem pertinent, proprietatis, non possessionis causam habeant.“ — Vergleicht man damit L. 3. §. 11. D cit. ſo kann dies nichts anderes heißen, als: die Interdicte ſchützen die possessio nicht aus dem Grunde, damit man ſie ſich um ihrentwillen, ſondern damit man in ihr ſich eine causa für Eigenthumserwerb erhalte, oder Entſchädigung für

jenigen der Fall, die rein vermögensrechtlicher Natur ſind, quae rei familiaris causa dantur oder ad rem familiarem pertinent, wozu alle diejenigen gehören, welche bloß den Beſitz ſchützen; ſondern auch bei denjenigen, welche de locis sacris und de locis religiosis, und zum Schutze der Statusrechte, oder juris sui tuendi causa, wie das interdictum de liberis exhibendis, geſtattet ſind, liegt wenigſtens mittelbar jenes Vermögensintereſſe zum Grunde. Denn: veluti proprietatis causam continent, heißt es von ihnen [19], und daſſelbe wird auch von denjenigen geſagt werden können, welche wegen öffentlicher Gegenſtände, publicae utilitatis causa, ertheilt werden, indem man ja auch durch den Gebrauch ſolcher Dinge erwerben kann. — Nur bei denen, quae officii causa competunt, wie das interdictum de libero homine exhibendo [20] tritt dieſer Grund nicht ein.

Das Gebiet der Interdicte bleibt aber regelmäßig der Spielraum, welcher zwiſchen der Perſönlichkeit an ſich und den eigentlichen abgeſchloſſenen Rechtsverhältniſſen für die freie Thätigkeit der Perſonen offen gelaſſen iſt; dann erleidet dies indeß eine Modification, wenn der Interdicten-Schutz ſelbſt gegen das Recht ertheilt wird [21]. Da ſich nun in jenem

die durch Entziehung oder Störung des Beſitzes entzogene causa erlange. — Anders verſteht hier die proprietatis causa Haſſe d. j. a. a. O S. 199. nämlich als das Beſitzrecht an der Sache, welches durch Aufſtellung des Interdicts hervorgerufen iſt (vgl. oben not. 9 und 10); und wieder anders Unterholzner quellenmäßige Zuſammenſtellung der Lehre des röm. R. v. d. Schuldverhältn. Bd. I. S. 344. not. g, nämlich als Unterſuchung über das Recht ſelber.

19) L. 2. §. 2. D. de interd. cit. — Bei geheiligten Dingen beſteht indeß das Vermögensintereſſe theils in einem zu erſparenden Aufwande, wie wenn man in einem sepulcrum zu beerdigen verhindert wird und einen Ort dazu zu kaufen genöthigt iſt (vgl. L. 9. D. de religios. 11, 7.), theils ſcheint aber auch dieſer Geſichtspunkt gar nicht zu paſſen, nemlich beim locus sacer. — Indeß hat Paulus hier erſichtlich nur im Allgemeinen den Grund der Interdicte angeben wollen.

20) Vgl. L. 2 §. 1. 2. D etc.

21) Die Interdicte, welche Schutz für Handlungen gewähren, die aus

Gebiete dasjenige, wogegen die verletzende Handlung, die den Interdicten-Schutz hervorruft, gerichtet ist, nicht als ein besonderes Rechtsverhältniß von der Persönlichkeit des Verletzten scharf absondert, sondern vielmehr als ein factischer Zustand der Person, als ein Ausfluß oder eine Befugniß der Persönlichkeit selber die in Beziehung auf einen gewissen Gegenstand einen besondern Inhalt bekommen hat [22]), erscheint; so kann zwar leicht die Ansicht Raum gewinnen, als ob der Interdicten-Schutz gegen eine Verletzung der Persönlichkeit selber gerichtet sey [23]). — Allein da, wo dies der Fall ist, wo die Persönlichkeit des Verletzten selber dem Verletzer gegenüber als leidend erscheint, gibt der Prätor dem Verletzten [24]) kein Interdikt, sondern eine in factum actio, so bei der injuria, bei dolus und metus [25]). — Da ferner der Interdiktenschutz zwar

besonderen Gründen erlaubte Eingriffe in fremdes Recht sind, finden sich namentlich bei dem Servituten-Besitze und zum Schutze Inmittirter —

22) In der Persönlichkeit enthaltene Befugnisse römischer Bürger finden sich aufgezählt bei Burchardi Grundzüge des Rechtssystems der Römer §. 8. 9. — Einen besondern Inhalt bekommt die Persönlichkeit freilich auch, wenn sie ein bestimmtes Rechtsverhältniß für sich hat; aber die einzelne Befugniß zu erwerben hat auch schon vor der vollendeten Begründung eines Rechtsverhältnisses einen besondern Inhalt, wenn sie in dem Grade an einem gewissen Gegenstande verwirklicht ist, daß eine Ausschließung Anderer möglich geworden. —

23) Vgl. Savigny a. a. O. §. 6. S. 40. ff.

24) Dritten aber zuweilen, um ihn zu schützen. Vgl. not. 16,

25) Zwar ist dies nicht bei allen prätorischen in factum actiones der Fall und die Gränze zwischen ihnen und den Interdicten keineswegs so streng; allein immer besteht doch das Eigenthümliche der dem Verletzten selber gestatteten Interdicte darin, daß die Parteien mit ihren Handlungen in Beziehung auf ein Object, an dem ein Interesse stattfindet, in Collision gerathen sind, und wenn auch dabei die Persönlichkeit des einen Theils unmittelbar verletzt worden ist, so ist doch, diese Verletzung es nicht, für welche mit dem Interdict, z. B. mit dem interdictum unde vi, eine Entschädigung gefordert wird wie sich schon daraus ergibt, daß wer eine Gewaltthat erlitten, ohne dadurch einen Besitz verloren zu haben, zwar eine Injurienklage, aber kein interdictum unde vi

dann kein definitiver iſt, wenn er gegen ein beſtehendes, bei ſeiner Ertheilung nicht in Frage geſtelltes oder nicht zur rechtlichen Gewißheit gebrachtes Rechtsverhältniß ertheilt worden [26]), aber dann, wenn er demjenigen ertheilt worden, der auf den geſchützten Zuſtand auch ein Recht hat, dieſem vermöge prozeſſualiſcher Vortheile [27]) den Sieg mit ſeinem Rechte erleichtert, und ſo ſeinen Sieg präparirt, ſo läßt ſich auch die Idee erklären, daß der Interdicten-Schutz dem Berechtigten zur Geltendmachung ſeines Rechts verhelfen ſolle [28]); und da endlich auch jene Handlungen, die den Interdicten-Schutz hervorrufen, zuweilen ſolche ſind, welche der öffentlichen Ordnung widerſtreiten, ſo konnte man, von heutigen Anſichten ausgehend, auch einen polizeilichen Character, oder einen Schutz gegen Selbſthülfe, in ihnen finden [29]). — Dieſe Merkmale können aber nur als zufällige, und nicht als der eigentliche Grund der poſſeſſoriſchen Interdicte betrachtet werden.

---

hat (L. 1. §. 45. D. de vi 43. 16. Vgl. auch Cic. pro Caec. c. 12). — Das interdictum de vi armata hatte indeß vielleicht dieſen Zweck; wenigſtens konnte Cic. pro Caec. c. 31. 32. es wagen, zu behaupten, daß es dabei auf Beſitz gar nicht ankomme. Vgl. darüber Savigny a. a. O. §. 40. a. Anf.

26) Hier verhält ſich der Interdicten-Schutz zum Rechte, wie eine bonorum possessio zu dem Erbrechte, durch welches ſie zur bonor. poss. sine re gemacht werden kann.

27) Nemlich Freiheit vom Beweiſe des Rechts.

28) Nach dieſer Anſicht (welche Tigerſtröm A. f. c. P. XXII. S. 35. ff. inſofern aufſtellt, als er annimmt, daß der Eigenthümer durch die Interdicte vorläufig im Beſitze geſchützt werden ſoll) iſt der Grund des Interdicten-Schutzes für den Beſitz eigentlich der prozeſſualiſche Vortheil, den der geſchützte Beſitzer genießt, während es noch ungewiß iſt, ob ſein Gegner Eigenthümer ſey; und will man dieſem Schutze den Zweck, den Eigenthümer gegen Widerrechtlichkeiten zu ſchützen, beilegen, ſo muß man freilich die Vermuthung dabei zum Grunde legen, daß der Beſitzer Eigenthümer ſey.

29) Vgl. Rudorff Zeitſchr. f. g. R. W. VII. S. 90. ff. Rauh Geſch. d. Lehre v. Beſitz. Schmidt über das poſſeſſor. Klagerecht des juriſt. Beſitzes u. ſ. w. Gieſſen 1830.

§. 2. Zweifache Art des Beſitzes nach der Verſchiedenheit der Art ſeines Beſtehens.

Der Beſitz

1) in ſeinem natürlichen Weſen an und für ſich ſelber betrachtet, als die bewußte Verwirklichung der beabſichtigten ausſchließlichen Herrſchaft über einen Körper [30], iſt zwar ein abſolutes Verhältniß, und lediglich von dem Willen des Beſitzenden und der für ihn vorhandenen phyſiſchen Möglichkeit der Herrſchaft abhängig. Es kann aber

2) dieſes abſolute Verhältniß wiederum eine beſondere Beziehung zu beſtimmten anderen Perſonen haben, in Anſehung welcher es den Character der Ausſchließlichkeit nicht hat. — Man könnte nun zwar allerdings ſagen: dann ſey es kein Beſitz; ſein Characteriſtiſches ſey das Ausgeſchloſſenſein aller übrigen Perſonen, und ſomit die Negation einer Beziehung zu ihnen. — Für das poſitive Recht bedarf die Sache indeß noch einer nähern Erwägung. — Es gibt bekanntlich Fälle, wo jenes abſolute Verhältniß, die naturalis possessio [31], vor-

---

30) Vgl. Savigny a. a. O. §. 18. S. 268. ff.

31) Bekanntlich legt Savigny a. a. O. §. 7. dem Ausdrucke: naturalis possessio, nur eine negative Bedeutung bei, nemlich die einer Negation des Interdicten- oder Civilbeſitzes. Allein warum ſollte er nicht eine poſitive Bedeutung haben, da die Wortbedeutung dafür, und überall, wo er gebraucht wird, ein körperliches Innehaben vorhanden iſt, und, da er ausgemacht einen Interdicten- oder Civilbeſitz (welche Bedeutung man auch mit letzterm verbinden mag) nicht in ſich faßt, vorhanden ſein muß, wenn überall von einer possessio die Rede ſeyn ſoll. — Naturalis possessor iſt demnach jeder, welcher einen Gegenſtand körperlich beherrſcht, es geſchehe nun mit Interdictenſchutz, oder mit der Qualification eines Civilbeſitzes. Vgl. Burchardi im A. f. c. P. XX. S. 14. ff. und L. 38. §. 10. D. de usuris 22, 1. L. 1. L. 51. L. 1. §. 3. 13 D. de A. v. A. P. 41. 2. L. 38. §. 7. 8. D. de V. O. 45. 1. — Ja ſelbſt da, wo dem der alieno nomine detinirt, eine naturalis possessio zugeſchrieben wird (L. 7. §. 11. D. comm. divid. 10. 3. vgl. L. 12. pr. D. de A. v A. P. 41. 2) iſt die Bedeutung derſelben in Anſehung der innern Seite des Beſitzes poſitiv; und er erwirbt durch den Beſitz ſich ſelber (vgl. auch L. 2. D. pro suo 41. 10.) ſo weit er eine causa für den

handen iſt, und dennoch eine eigentliche possessio geläugnet wird. — Der Fall, wo der Grund darin liegt, daß der Beſitzende für ſich ſelber nicht erwerben, alſo auch keine causa des Erwerbs für ſich haben und geſchützt verlangen kann, wie der Sclave, iſt hier von geringerer Erheblichkeit, als derjenige, wo ein naturalis possessor nicht für ſich ſelber, ſondern für einen Andern beſitzen *will*, und vermöge dieſer Beziehung des Willens zu dieſem letztern allein, jenem die possessio abgeſprochen wird. — Jener, der detentor alieno nomine, iſt nicht Beſitzer in Beziehung auf die Interdicte [32]), ſondern dieſer Andere, dem die naturalis possessio fehlt, iſt es, und auch bei der Vertheidigung des Beſitzes durch Eigenmacht kann man ihn nur als ein Werkzeug desjenigen, für den er detinirt, anerkennen. — Allein auch abgeſehen davon, daß er Dritten gegenüber, welche eine Eigenthumsklage anſtellen, ſich als possessor behandeln laſſen ſoll [33]), ſo muß er auch, wenn der Repräſentirte hinweggefallen iſt, entweder in jeder Beziehung possessor ſeyn, oder auch die Detention, indem auch ſie den Character der Ausſchließlichkeit gegen Dritte haben muß, aufgeben. Geſchieht letzteres nicht, ſo muß er possessor ſeyn; nur kann er wegen Mangel der causa nicht uſucapiren [34]).

Erwerb hat (die hier aber nicht, wie beim eigentlichen possessor, ſchon in der B. f. possessio ſelber — vgl. oben §. 1. not. 7. — liegt). — Nur iſt zu dieſem Erwerbe noch erforderlich, daß er auch die äußere Seite der possessio an dem *zu erwerbenden* Gegenſtande durch ein beſonderes Factum erlange, die der, welcher für ſich beſitzt, ja ſchon hat, ſofern der beſeſſene Gegenſtand, und was damit zuſammenhängt, erworben werden ſoll, und in Anſehung des letztern auch *bei* der Trennung behält, wiewohl er gleich *nach* der Trennung die possessio verlieren kann. — Daher erwirbt er die Früchte erſt durch Perception und daher kann er die res ſelber erſt uſucapiren, wenn er eine causa erlangt, mit welcher der vntadelhafte animus rem sibi habendi vereinbar iſt. —

32) Vgl. Savigny a. a. O. §. 7. A. M. iſt bekanntlich Thibaut.

33) L. 9. D. de R V. 6. 1.

34) Zwar heißt es in L. 33. §. 1. in f. D. de usurpat. 41. 3. vom Colonus: „nec vivo nec *mortuo* domino *ullam* possessionem habet.“ — Dies iſt aber nicht gegen das oben Geſagte

Nur in dem factiſchen Beziehungsverhältniſſe des naturalis possessor zu einem Andern liegt alſo hier der Grund, daß jener nicht als possessor gilt, ſondern dieſer. — Hier, wo der naturalis possessor nicht für ſich beſitzen will, und ihm deshalb die ganze äußere Seite des Beſitzes von den Quellen ſelber ausdrücklich abgeſprochen wird, hat aber das Beziehungsverhältniß und die dadurch begründete possessio eines Nichtinhabers weniger Bedenklichkeit, als da, wo ein ſolcher naturalis possessor für ſich beſitzen kann und will, und die Quellen ihm eine possessio, wenn auch nur vitiosa zuſchreiben; aber ebenfalls einem Andern zu dem durch Gewalt, Heimlichkeit oder bittweiſe Geſtattung ein Beziehungsverhältniß ſtattfindet, nicht nur die Befugniſſe verſtatten, welche der äußern Seite der possessio angehören, ſondern ihn auch als possessor bezeichnen. Denn kommt es auch bei einem Beſitzſtreite nicht darauf an, ob man im Verhältniſſe zu anderen Perſonen, als dem Gegner, eine ſolche vitiosa oder injusta possessio hat [35]; ſo ſtellt ſich die Sache doch anders demjenigen gegenüber, in Beziehung auf den Mängel des Beſitzes vorhanden ſind. — Dieſer letztere iſt nemlich nach frühern Rechte befugt, den naturalis possessor gewaltſam aus der possessio zu vertreiben, wenn es nur nicht vi armata geſchieht: denn hat er ſich durch einfache Gewalt in den Beſitz geſetzt, ſo kann er das interdictum unde vi des dejectus mit der Exception, daß dieſer von ihm vi, clam oder precario den Beſitz gehabt, zurückweiſen [36]. Nach neuerm Rechte iſt ihm die gänzliche Dejection des naturalis possessor freilich nicht mehr erlaubt; aber inquietiren darf er ihn: denn ſtört er ihn, ſo kann er beim Verfahren mit dem interdictum uti possidetis durch die genannten Exceptionen bewirken, daß er ſelber als der Beſitzer anerkannt

---

weil, ſo lange er als Colonus detinirt, er auch immer für einen Andern, wenn auch nur für die hereditas jacens oder den Fiscus detinirt. —

35) Paul, lib. 65. ad ed. L. 2. D. uti possid. 43. 17.

36) Savigny a. a. O. §. 40. S. 540. 541.

wird [37]). — Nur dann kann er freilich mit dieſen Exceptionen nicht durchdringen, wenn die naturalis possessio, welche er an ſeinen Gegner verloren, im Verhältniſſe zu dieſem mangelhaft geweſen war, z. B. wenn er ſelber ihn früher dejicirt hatte, und von ihm wiederum dejicirt worden war. — Nach früherm Rechte konnte er freilich auch mit dem interdictum unde vi in dieſem Falle nicht durchdringen, wohl aber nach neuerm Rechte, obgleich das interdictum uti possidetis von ihm nicht mit Erfolg gebraucht werden kann [38]). Das interdictum unde vi, als ein interdictum *recuperandae* possessionis, ſetzt bekanntlich voraus, daß der Implorant vi dejectus iſt, alſo, daß er keinen Beſitz mehr hat, wenn er ſiegen ſoll [39]). — Dennoch wird er in anderer Rückſicht behandelt, als ob er possessor wäre, und zwar gerade deshalb, weil er das den Mangel des Beſitzes vorausſetzende Interdikt hat [40]), und es hängt nur von ihm ab, durch Beſitzhandlungen ſich in die Lage zu verſetzen, um ſein interdictum unde vi, oder

---

37) Vgl. Albert über das interdictum uti possidetis der Römer S. 37. 38. 94. ff. Ulp. lib. eq ad ed. L. 1. pr. D. uti possid. 43. 17. „Ait praetor. Uti eas aedes ... nec vi, nec clam, nec precario alter ab altero possidetis, quo minus ita possideatis vim fieri veto.“ Ibid. §. 1. „Hoc interdictum de soli possessore scriptum est, quem potiorem praetor in soli possessione habebat.“ Ibid. §. 4. .... „hoc interdictum redditur, ne vis fiat ei qui possidet ... tuetur, ne amittatur possessio ... possessorem ... tuetur.“ Paul. lib. 65. ad ed. L. 2. D. eod.... „qualiscunque enim possessor, hoc ipso, quod possessor est, plus juris habet, quam ille qui non possidet.“ — Gaj. J. IV 167. 168 fordert zum Siege den Beweis: ad se pertinere possessionem.“

38) Eine andere und ſchon im frühern Rechte ſtattfindende Verſchiedenheit der Qualification der possessio bei den beiden gedachten Interdicten wird unten not. 57. vorkommen.

39) Vgl. L. 2. §. 3. D. de interd. 43 1. Tit. D. de vi 48. 16.

40) L. 17. pr. D. de A. v. A. P. 41 2. ... „perinde haberi debet, ac si possideret: cum interdicto de vi recuperandae possessionis facultatem habeat.“ — Gegen ihn iſt, eben ſo wie gegen den wirklichen Beſitzer, die hereditatis petitio zuläſſig. L. 16. §. 4. D. de H. P. 5. 3.

richtiger deſſen Grund [41]), eben ſo wie bei gleichem Verhältniſſe in Anſehung anderer Mängel, das heimliche oder bittweiſe Innehaben ſeines Gegners, zu einer Exception benutzen zu können und ſich ſo als Beſitzer anerkennen zu laſſen. — Allein damit dies möglich ſey, muß er doch ſchon vor der Anerkennung Beſitzer ſeyn; ja, es iſt dies nothwendig, damit er ſich nur der Exceptionen bedienen könne, weil ſie nur demjenigen zuſtehen, qui possidet [42]). — Geht man nun von dem, an ſich und für die naturalis possessio allerdings richtigen Grundſatze aus, daß von zwei über den Beſitz ſtreitenden Perſonen nur Eine possessor ſeyn könne, ſo iſt es ganz unmöglich, daß jene aus den Mängeln des Beſitzes entſpringenden Exceptionen wirkſam werden können. Denn ehe man ſie gebrauchen kann, muß man Beſitz erweiſen; iſt dieſer erwieſen, ſo gebraucht man ſie nicht mehr, und der Gegner kann ſie ebenfalls nicht gebrauchen, weil es nun ja ſchon feſt ſteht, daß er nicht Beſitzer iſt. — Jedenfalls muß es alſo genügen, daß man Beſitzhandlungen ausgeübt hat, um ein ſolcher Beſitzer zu ſeyn, dem jene Exceptionen zuſtehen; Beſitzhandlungen ſind aber, einem andern Beſitzer gegenüber, bloße Beſitzſtörungen, alſo kein Beſitz [43]). Der Störer muß alſo hier eine beſondere Qualification haben, damit ſeine Störung Beſitz ſein könne, und dieſe kann nur darin liegen, daß ihm jene Exceptionsgründe zur Seite ſtehen. — Dieſe müſſen alſo der eigentliche Grund ſeines Beſitzes ſeyn, und ſo ſcheint es, als ob eine hinzutretende körperliche inquietatio gar nicht

41) Spricht man ihm die possessio ab, ſo ſagt man allerdings richtig mit Albert a. a. O. S. 144., er mache excipiendo ein interdictum recuperandae possessionis geltend. — Dann aber ſiegt jemand im interdictum uti possidetis, der den Beſitz verloren hat, was ja doch auch nach Albert a. a. O. S. 145. nicht angehen kann.

42) L. 1. §. 4. 5 D. eod. . . . exceptio datur ex multis causis ei qui possidet. Perpetuo autem hoc interdicto insunt quod nec vi, nec clam, nec precario ab illo possides.

43) Vgl. Albert a. a. O. S. 117. 118.

für denſelben erforderlich iſt, ſondern daß vielmehr derjenige, dem die naturalis possessio fehlt, dem aber ein ſolcher Exceptionsgrund zur Seite ſteht, ohne Weiteres mit dem interdictum uti possidetis als possessor auftreten kann [44]), und zwar

---

44) Ulp. lib. 62. ad ed. L. un. §. 1. D. utrubi 43. 21. . . . „ut is et in hoc interdicto vincat, qui nec vi, nec clam, nec precario, dum super hoc (quod vi etc. possidet?) ab adversario inquietatur, possessionem habet; — kann immerhin ſo verſtanden werden, als ob das inquietare bloß das Klagen bezeichne. Das Hinzukommen einer körperlichen Störung ſcheint auch deshalb überflüſſig zu ſeyn, weil ſie dem Störenden keine körperliche Herrſchaft geben, ſondern nur indem er durch dieſelbe gegen den Beſitz des Andern Widerſpruch erhebt (vgl. L. 3. § 2. D. uti possid. 43. 17.). ſeinen Willen Beſitzer zu ſeyn ausdrücken, und dies eben ſo gut durch eine bloß wörtliche Behauptung bei Nachſuchung des Interdicts vor dem Prätor geſchehen kann. — Nur dann, wenn der geſtörte naturalis possessor das Interdict wirkſam anſtellen will, erſcheint ein eigentliches körperliches prohibere eum quo minus possideat, prohibere eum uti sua possessione (vgl. L. 3. §. 2. 3. 4. 9. D. eod. L. 52. §. 1. D. de A. v. A. P 41. 2. L. 12. D comm. divid. 10. 3. L. 5. §. 10. D. de op. n. n. 39. 7. L. 8. §. 5. D. si serv. vind. 8. 5.) erforderlich, nicht aber damit der Störende in demſelben Parthei ſeyn und ſich der Exception des mangelhaften Beſitzes des Gegners bedienen könne — Jedoch iſt jenes Erforderniß wiederum dann überflüſſig, wenn der letztere bei Nachſuchung des Interdicts gegen ihn (und daß dadurch das Verfahren immer eingeleitet werde, ſcheint Albert a. a. O. S. 94. anzunehmen, indem von ihm der Inquietirende mit dem, der ſich der Exceptionen bedient, gleichbedeutend genommen und als Beklagter bezeichnet wird) nur behauptet, ſelber Beſitzer zu ſeyn, was genügen würde, um die naturalis possessio desjenigen, der zuerſt als Geſtörter auftrat, als eine Störung darzuſtellen; und ſo kann, ohne alle körperliche Beſitzſtörung, diejenige Ungewißheit: wer als Beſitzer und wer als Störer zu betrachten, welche das interdictum uti possidetis vorausſetzt, um ein interdictum duplex ſeyn zu können, hergeſtellt werden. — Und wo das interd. uti poss. zur Vorbereitung der rei vindicatio gebraucht wird, da wird auch keiner ſolchen Thätlichkeit gedacht, und die Fiction einer Störung (Savigny a. a. O §. 36. 37.) ſcheint hier nicht einmal erforderlich. — Auch kann der Einwand des mit dem Interdict belangten naturalis possessor: er ſey von dem Imploranten nicht geſtört worden, der Geſtattung des Interdicts nichts entgegenſtehen. Denn wenn

ſelbſt dann, wenn er vi dejectus iſt, ſo daß er in dieſem Falle die Wahl zwiſchen jenem und dem interdictum unde vi hat. Hier iſt alſo possessor der a quo alter possidet, wie die Quellen mit beſtimmten Worten ſagen [45]); er iſt potior, als der qui ab eo possidet. Denn der possessor iſt der, welcher ſiegen ſoll [46]), der a quo alter possidet iſt aber dieſer Sieger, weil er die Exceptionen gegen den hat, qui ab eo (ebenfalls) possidet [47]). — Daß aber, wenn die eine Parthei eine naturalis possessio dargethan hat, die andere hier eine possessio durch exceptio geltend macht, kann auch nicht gegen die hier aufgeſtellte Anſicht reden, weil ja dieſe letztere possessio jene naturalis nicht aufhebt, ſondern ihr nur die zur äußern Seite derſelben gehörige Wirkung des Interdictenſchutzes entzieht und ſie als bei dem Excipienten befindlich darſtellt; wobei denn der Umſtand, daß der Excipient ſelbſt eine condemnatio erlangt, in der Beſchaffenheit eines judicium duplex liegt. —

Der Beweis ſcheint ſonach genügend geführt, daß hier die possessio in einer zweifachen Bedeutung, und zwar bei jedem dieſer possessores in einer andern vorkommt. Ja, man wird, wenn man den Grundſatz der Ausſchließlichkeit des Beſitzes aufrecht erhalten will, geneigt ſeyn, dem Einen die possessio ganz abzuſprechen, und dies kann dann nur Demjenigen widerfahren, qui ab altero possidet, alſo dem eigentlichen, dem naturalis possessor; dem hier auf ähnliche Weiſe die Eigenſchaft des possessor negirt würde, wie dem naturalis debitor bisweilen die ſeinige als debitor negirt wird [48]). Man würde

---

auch beide Beſitz für ſich in Anſpruch nehmen müſſen, ſo iſt es doch nicht als nothwendig zu betrachten, daß auch jeder von ihnen eine Störung des Andern behauptet. — Geht man aber ſo weit, anzunehmen, daß bloßes Abläugnen des Beſitzes ſchon eine Beſitzſtörung ſey (Albert a. a. O. S. 105.), ſo muß auch das Nachſuchen des Interdicts dafür gelten. —

45) L. 1. §. 4. 5. D. not. 42. cit.

46) Vgl. die Citate not. 37.

47) L. 1. §. 4. 5. D. cit.

48) L. 5. §. 2. D. de solutt. 46. 3. L. 16. §. 1. D. de fidejussor.

ihn dann in die Kategorie der detentores alieno nomine ſetzen müſſen, und in der That wird auch in Anſehung der Frage, gegen welchen possessor die Eigenthumsklage angeſtellt werden kann, derjenige, welcher mit dem interdicto uti possidetis nicht ſiegen kann dem detentor alieno nomine gleichgeſtellt [49]). Er würde aber wider ſeinen eignen Willen detentor alieno nomine ſeyn, und ebenfalls wider den Willen desjenigen, a quo possidetur [50]); er würde alſo von dieſem nicht geſchützt werden; und darin liegt der Grund, weshalb ihm die possessio nicht negirt werden darf. — Er hat gegen jeden Dritten alle Interdicte [51]) und das interdictum unde vi kann von ihm ſelbſt gegen den, a quo possidetur, im Falle er dejicirt, nach neuerm Rechte angeſtellt werden [52]), während es dem detentor alieno nomine überall nicht zuſteht [53]). Er hat factiſch die possessio,

---

46. 1. Denn ſtreng genommen iſt nur Derjenige debitor a quo invito pecunia exigi potest. L. 108. D. de V. S.

49) L. 9. D. de R. V. 6. 1. . . . „Quidam tamen, ut Pegasus, eam solam possessionem putaverunt hanc actionem complecti, quae locum habet in interdicto uti possidetis, vel utrubi. Denique ait ab eo, apud quem deposita est, vel et rel . . . quia hi omnes non possident: vindicari non posse.“ . . . . Die Meinung des Pegaſus mußte alſo conſequent auch die ſeyn, daß von demjenigen, der vi, clam, precario beſitze, nicht vindicirt werde.

50) Nicht allein wenn er vi oder clam, ſondern auch wenn er precario beſitzt, ſobald ihm nur nicht bloß die detentio eingeräumt iſt (vgl. L. 6 §. 2. D. de precario 42. 26. L. 10. pr. §. 1. D. de A. v. A. P. 41. 2.). Denn ſonſt will der precario dans ja, daß der rogans für ſich ſelber beſitze. So lange aber das precarium noch nicht ruptum (vgl. L. 13. §. 7. D. de A. v. A. P. 41. 2.), alſo das Interdict noch nicht begründet iſt, hat auch Erſterer noch eine naturalis possessio (vgl. m. Identität u. ſ. w. S. 83. not. 16.). Iſt aber das precarium ruptum, ſo bekommt auch der detentor eine mangelhafte naturalis possessio. Vgl. not. 53.

51) Pomp. lib. 23. ad Sabin. L. 17. D. de precario 43. 27.

52) Nach älterm Rechte freilich nur das interdictum de vi armata. Vgl. oben §. 1. not 25. und §. 2. not. 36. und dort Citirte.

53) Vgl. oben not. 42. L. 20. D. de vi 43. 16. Sobald der detentor alieno nomine aber durch Entſetzung des Repräſentirten die-

aber ſie (nemlich die possessio im Gegenſatze des jus possidendi) iſt rechtlich nicht die ſeinige, weil er ſie nicht gegen jeden, der kein jus possidendi nachweiſet, behaupten kann. Es beſteht hier neben einer injusta auch eine justa possessio, wenn auch letztere nur vermöge des Interdictenſchutzes und in Folge der Ausdrucksweiſe des Prätors beim interdictum duplex, und bloß in Beziehung auf dieſes, angenommen ſeyn mag, und daher auch nicht von allen römiſchen Juriſten als possessio anerkannt wurde [54]). Das Verhältniß aber, welches durch ſie bezeichnet wird, und welches man nicht unpaſſend eine prätoriſche possessio nennen kann [55]), muß nothwendig beſtehen, wenn eine *injusta* possessio exiſtiren ſoll; und während es beſteht, iſt eine Dejection nur gegen den injustus possessor denkbar; dieſer allein hat das interdictum unde vi, während der prätoriſche possessor davon gegen den, der jenen dejicirte, ausgeſchloſſen iſt [56]). Daraus erklärt es

---

ſem die naturalis possessio entzieht und für ſich erlangt, ſteht er allerdings jenem fehlerhaften naturalis possessor gleich. L. 12. D. eod.

54) Paul. lib. 54. ad ed. L. 3. §. 5. D. de A. v. A. P. 41. 2. Vgl. Jul. lib. 49. D. L. 19. pr. D. de precario 43. 26. — Nach dieſen Stellen herrſcht darin Uebereinſtimmung, daß zwei Perſonen gleichzeitig eine injusta (naturalis) oder gleichzeitig eine justa possessio, nicht haben können; Sabinus, Trebatius und Julian glauben aber es könne gleichzeitig der Eine eine justa, der Andere eine injusta possessio haben. Wenn nun Labeo dies tadelt, weil es in summa possessionis (was man wohl durch: für den allgemeinen Begriff der possessio, wiedergeben kann) wenig darauf ankomme, ob jemand juste oder injuste beſitze, und Paulus dieſen Tadel billigt, weil zwei nicht gleichzeitig dieſelbe körperliche Herrſchaft üben können, ſo ſind ihre Gründe zwar richtig; aber zur Begründung ihres Tadels wäre es erforderlich geweſen, zu zeigen, daß jene ſich unter possessio etwas dächten, was keine possessio ſey.

55) Sie iſt eine possessio, ähnlich wie die eines inmissus oder bonorum possessor, ehe ſie das körperliche Innehaben von Gütern verlangt haben. —

56) L. 12. D. de vi cit. — Der, welcher durch einen Repräſentanten oder solo animo beſitzt, hat übrigens eine naturalis possessio. —

ſich denn auch, daß nur bei dem interdictum unde vi der Grundſatz ſich ausdrücklich ausgeſprochen findet, daß dem naturalis possessor daſſelbe zuſtehe, weil derſelbe nur hier durchgreifend iſt [57]).

§. 3. Von dem Weſen der Mängel des Beſitzes.

Drei Mängel der naturalis possessio werden bekanntlich in den Quellen genannt: die Gewalt, wenn ſie gegen den poſitiv erklärten, die Heimlichkeit, wenn ſie gegen den aus anderen Gründen rechtlich als vorhanden anzunehmenden, und die bittweiſe Geſtattung, wenn ſie mit Abhängigkeit von dem Willen eines Andern erlangt worden iſt. — Die fehlerfreie naturalis possessio ſetzt alſo voraus, daß bei deren Erwerbe der Wille des Ergreifenden mit keinem fremden Willen in Berührung gekommen, der ihm nicht gewichen und nicht zu weichen gehalten geweſen iſt. — Die Hauptſchwierigkeit macht dabei die Frage: genügt jedes willkührliche Verbot eines Andern, und jede Meinung, daß ein ſolches erfolgen werde, um den Beſitz als einen gewaltſamen oder heimlichen zu qualificiren, oder iſt dazu erforderlich, daß jenes Verbot vermöge einer beſondern Befugniß des Verbietenden erfolgt oder zu erwarten ſey? — Dabei kommt zunächſt in Betracht, daß jedes Rechtsſubject als ſolches ſchon einen, wiewohl nicht ausſchließlichen, Anſpruch auf jeden factiſchen Zuſtand hat, in dem noch kein Anderer ſich befindet; wobei es in Anſehung der Rechtmäßigkeit der Verwirklichung jenes Anſpruchs ſelbſt keinen Unterſchied macht, wenn bereits ein Anderer ein Recht auf jenen Zuſtand hat, wenn nur die Lage der Sache ſo iſt, daß deſſen ungeachtet eine Verſetzung in dieſen Zuſtand auf fehlerfreie Weiſe, nemlich ohne Gewalt und Heimlichkeit, möglich iſt. — Dieſe Möglichkeit iſt nun zwar in dieſem Falle nur dann vorhanden, wenn man das Recht des Andern nicht kennt. Allein dieſe bloße Nichtkenntniß iſt hier allerdings von recht-

57) L. 1. §. 9. 10. D. de vi 43. 16.

licher Bedeutung, eben weil bei dem Mangel ſolcher Kenntniß auch die Realiſirung des gedachten Anſpruchs, und die darin enthaltene Anmaßung eines gleichen oder entgegenſtehenden Rechts fehlerlos, und die gleichfalls in der Perſönlichkeit enthaltene Befugniß, dem Andern ſein Recht zu beſtreiten, noch ungeſchmälert iſt [58]). Die Verwirklichung jenes, allen Rechtsſubjecten gemeinſamen Anſpruchs von Seiten eines Einzelnen ſchließt aber nothwendig die Befugniß in ſich, die übrigen durch Zuvorkommen davon auszuſchließen [59]). — Die Handlung aber, wodurch dieſes Zuvorkommen geſchieht, muß verſchieden ſeyn, je nachdem der Zuvorkommende ſich ſelber in einen neuen Zuſtand verſetzen, oder bloß einen bereits beſtehenden Zuſtand erhalten will. Im letztern Falle wird das Zuvorkommen eine bloße Hinderung, und wenn der zu erhaltende Zuſtand nicht in einer körperlichen Herrſchaft desjenigen, der ihn erhalten will, beſteht, ſo kann ſeine Hinderung nur durch bloße Willenserklärung geſchehen, wenn ſie nicht in einen gewaltthätigen Angriff übergehen ſoll [60]). — Daraus folgt die Befugniß, Anderen die Veränderung eines ſolchen Zuſtandes zu verbieten, und die für letztere daraus entſpringende Pflicht,

---

58) Liegt in der Subjectivität die Befugniß, alle gedenkbaren Vermögensrechte zu erwerben und zu haben, ſo muß auch die Befugniß darin enthalten ſeyn, alle derartigen Rechte ſich anzumaßen und darüber zu ſtreiten; und wenn auch der Befugniß zu erwerben (ſofern die Erwerbsart eine vom Willen Anderer unabhängige iſt) durch den Erwerb von Seiten Anderer die Gränze gezogen wird, ſo kann die Rechtmäßigkeit der Thätigkeit zur Ausübung jener Befugniß doch erſt durch die Gewißheit eines ſolchen Erwerbes ausgeſchloſſen ſeyn. — Daher kann auch ein Berechtigter gegen einen Unberechtigten vi aut clam handeln. L. 1 §. 2. D. quod vi aut clam 43. 24.

59) Papin. L. 28. D. comm. divid. 10. 3. . . . „manifestum est, prohibendi jus esse, in re enim pari potiorem causam esse prohibentis constat“ . . .

60) Es liegt zu Tage, daß es die Gränzen der zur Erhaltung eigener körperlicher Herrſchaft geſtatteten körperlichen Gewalt überſchreitet, wenn man letztere auf ein Gebiet anwendet, wo man erſtere nicht hat.

das Verbot zu reſpectiren, bis die richteramtliche Gewalt, oder der eigene Wille des Verbietenden, oder eine Sicherſtellung des Intereſſe deſſelben, es unwirkſam gemacht haben [61]). Die Erlangung eines richterlichen Schutzes für ein ſolches Verbot ſetzt aber immer, eben ſo wie der richterliche Schutz des eigentlichen Beſitzes [62]), ein Intereſſe des Verhinderten, d. h. die rechtliche Möglichkeit durch den zu erhaltenden Zuſtand einen rechtlichen Vortheil ſich zu erhalten oder zu erwerben, eine causa von Rechten, voraus [63]); und wenn der Verhinderte da, wo ein ſolches Intereſſe des Verhindernden fehlt, die

---

61) Denn in allen Fällen, wo man gegen ein wirklich erfolgtes (L. 1. §. 5 — 11. D. quod vi aut clam 43. 24.) oder ein mit Grund zu erwartendes (L. 2. §. 7. 8. L. 4. D. eod.) Verbot eines Andern handelt, verfährt man vi aut clam, und für ein ſolches Verfahren ſoll es gar keine Rechtfertigung geben (L. 1. §. 3. D. eod. . . . „nam adversus vim, vel quod clam factum est, nulla justa exceptione se tueri potest"); vielmehr darf man erſt dann die fragliche Handlung unbedingt vornehmen, wenn das Verbot unwirkſam geworden (Tit. D. de Remission. 43. 25. L. 3. §. 2 — 5. D. quod vi aut clam.)

62) Oben §. 1. nach not. 10.

63) Paul. lib. 67. ad ed. L. 16. pr. D. quod vi aut clam. . . . . „Competit hoc interdictum etiam his, qui non possident, si modo eorum interest." — Ein rechtlich begründetes Intereſſe erfordert eine Beziehung auf Vermögensverhältniſſe, welche bereits der Willkühr derjenigen Perſon, der das Intereſſe zugeſchrieben wird, unterworfen, von der alſo die Willkühr Anderer ausgeſchloſſen iſt. Es ſetzt alſo da, wo es nicht Ausfluß eines eigentlichen Rechtsverhältniſſes iſt, voraus, daß der Intereſſirte bereits eine ihm erlaubte Thätigkeit hervorgebracht hat, ſo daß Eingriffe Anderer einen Verſtoß gegen ſeine Befugniß zur Handlungsfreiheit erhalten. — Das Intereſſe kann nun bei factiſchen Zuſtänden darin beſtehen, daß man: 1) durch die innere Seite eines Zuſtandes, den Gebrauch, erwirbt, z. B. Früchte; oder 2) durch die neben dem Gebrauche beſtehende ausſchließende Herrſchaft gegen Dritte dieſen Zuſtand durch Zeitverlauf in ein Recht verwandeln oder Andere hindern kann, ein Recht an demſelben zu erwerben; 3) durch bloßen Schutz gegen Dritte, welche kein jus nachweiſen können, ſich in dieſem Zuſtande behauptet, als ob man ſchon ein Recht an demſelben hätte. — Vgl. §. 1. nach not. 10. —

Hinderung nicht achtet, ſo kann ungeachtet der äußern Fehlerhaftigkeit ſeiner Handlungsweiſe der letztere keinen rechtlichen Schutz dagegen erlangen. — Daher kann gegen denjenigen, der auf einem Grundſtücke neue Baueinrichtungen vornimmt, und dadurch daſſelbe in einen neuen factiſchen Zuſtand gegen ein anderes Grundſtück verſetzt, z. B. ein Gebäude aufführt, welches ſeinem Nachbarn Licht und Luftzug raubt, nur derjenige die operis novi nunciatio wirkſam für ſich ſelber vornehmen, der dem mit Nachtheil bedroheten Grundſtücke durch deſſen Beſitz, oder vielmehr durch die Art und Weiſe, wie er es im Verhältniß zu andern beſitzt, ein Recht auf die Unterlaſſung erwerben oder erhalten kann [64]; nemlich der, welcher Eigenthum oder ein gleichgeltendes Recht hat [65]. Sonſtige Perſonen können nur für ihn dieſe Handlung wirkſam vornehmen [66]. Auch iſt die Befugniß dazu nicht Ausfluß eines

---

64) L. 1. §. 19. D. de O. N. N. 39. 1. „Juris nostri conservandi aut damni depellendi causa opus novum nuntiare potest is, ad quem res pertinet."

65) Die Regel iſt, daß derjenige o. n. nunciiren kann ad quem res pertinet (L. 1. §. 19. D. de O. N. N. cit.). — Daß darunter der zu verſtehen, welcher ein ſolches Recht an dem bedroheten Grundſtücke hat, deſſen Ausübung in einem eigentlichen Beſitze deſſelben beſteht, zeigt ſich darin, daß auch dem Superficiar und dem Pfandgläubiger dieſe Befugniß zuſteht (L. 8. §. 3. L. 9. D. eod.), keineswegs aber demjenigen, der nur eine Servitut an demſelben hat, wenn nicht durch deren Bedrohung ein anderes ihm zuſtändiges Grundſtück bedroht iſt (vgl. not. 66.). Eben ſo wenig iſt derjenige dazu befugt, der bloß eine ſolche Servitut, welche zu Handlungen der Perſon an dem zu verändern unternommenen Grundſtücke berechtigt, an dieſem hat (L. 1. §. 20. L. 14. D eod.). Darinn zeigt es ſich, daß die o. n. n. unmittelbar nur dazu dient, den Zuſtand des bedrohten Grundſtücks ſelber gegen andere Grundſtücke zu ſchützen, und bei dieſer Auffaſſungsweiſe iſt auch der Ausſpruch der L. 14. D. cit. vollkommen conſequent. —

66) L. 1. § 20. D. de O. N. N. — Darnach muß denn auch L. un. §. 8. 4. D. de remiss. 43. 25. interpretirt werden. — Unter dem qui servitutem habet im §. 8. cit. iſt allerdings der Inhaber einer Realſervitut an dem bedroheten Grundſtücke zu ver-

bereits vorhandenen Rechts auf den durch das Verbot zu ſchützenden Zuſtand, ſondern Ausfluß der rechtlichen Perſönlichkeit des Verbietenden; indem die in ihr enthaltene Befugniß, Rechte zu erwerben und zu ſchützen, in Beziehung auf das bedrohte Grundſtück nur eine ſpecielle Richtung erhalten hat [67]). Daher erliſcht mit dem Untergange ſeiner Perſönlichkeit die Wirkſamkeit des Verbotes eben ſowohl, wie wenn er ſich des Grundſtücks entäußert [68]). Nur wenn während des Daſeyns ſeiner Perſönlichkeit jener Ausfluß derſelben durch ein Zuwiderhandeln gegen ſein Verbot verletzt wird, kann der dadurch begründete Interdictenſchutz auch von ſeinen Erben in Anſpruch genommen werden [69]). Dahingegen geht das Verbot gegen den factiſchen Zuſtand des Grundſtücks, und wirkt daher gegen Alle, welche in Anſehung deſſelben mit dem Nunciaten in dem Verhältniſſe einer Rechtsgemeinſchaft oder Nachfolgerſchaft ſtehen [70]). Jene Bedingung des Eigenthums an einem gewiſſen Grundſtücke für die Wirkſamkeit des Verbots fällt natürlich da hinweg, wo der Verbietende auch ohne ein ſolches ein Intereſſe an dem factiſchen Zuſtande haben kann [71]), ebenſo, wie für eine wirkſame Ergreifung eines eigentlichen Beſitzes eine derartige Bedingung nicht gilt. Jeder muß da verbieten können, wo jeder durch Erhaltung des Zuſtandes einen rechtlichen Vortheil erhalten oder erlangen kann. Dies hat man denn bisher auch gewöhnlich in Beziehung auf das inter-

---

ſtehen (Haſſe d. j. im Rhein. Muſ. III. S. 581.), aber einer ſolchen, welche einen Zuſtand ſeines eigenen Grundſtücks zu dem bedroheten herſtellt, ſo daß durch dieſes auch jenes bedroht wird (L. 8. pr. D. de O. N. N.). — Er nunciirt alſo eigentlich als dominus des letztern.

67) Vgl. oben §. 1. not. 22.

68) L. 8. §. 6. D. de O. N. N. . . . „quia his modis finitur jus prohibendi.“

69) L. 20. §. 6. D. eod.

70) L. 8. §. 7. L. ult. D. eod.

71) Vgl. den Anf. dieſes §. bis not. 63. Haſſe d. j. im Rhein. Muſ. IV. S. 5—7.

dictum quod vi aut clam angenommen [72]. Die neuerdings dagegen gemachten Einwendungen [73] dürften, insofern sie davon hergenommen sind, daß doch nicht ein jeder zur operis novi nunciatio befugt sey [74], im Vorhergehenden schon ihre Beantwortung gefunden haben. Insofern sie aber darauf beruhen, daß man doch dem Eigenthümer nicht verbieten könne, mit dem Seinigen beliebig zu schalten [75], so ist dagegen zu erinnern, daß dies zwar richtig ist, wenn er sich im Besitze befindet, und auch in der Art und Weise, wie er besitzt, im Verhältnisse zu Anderen keine Neuerung vornimmt, kein novum opus errichtet [76]. Daß aber gegen solche Neuerungen ein

---

72) Besonders H. Donell. C. de j. c. XV. c. 35. Hasse d. j. im Rhein. Mus. IV. S. 1 — 51.

73) Francke im A. f. c. P. XXII. S. 350. ff.

74) Ebendas. S. 380.

75) Ebendas. S. 355. ff.

76) Das Erlaubtseyn einer Handlung gegen ein Verbot kann überall nur von dem factischen Zustande abhängig seyn (abgesehen von den Fällen, wo eigenmächtige Hülfe erlaubt ist); die Berechtigung kann nur auf die Entschädigung Einfluß haben. — Denn daß jemand ein Recht zu der untersagten Handlung hat, kann zwar die Wirkung haben, daß er durch dieselbe kein eigentliches damnum zufügt (vgl. L. 24. §. 12. D. damni inf. 39 2. L. 151. D. de R. I.); allein damit wird der Character des Unerlaubten nicht aufgehoben. Auch ist in dieser Beziehung gar kein Unterschied zwischen der operis novi nunciato und sonstigen wirksamen Prohibitionen; allein bei jener wird der Nunciat, der nur einen vorhandenen Zustand in einer besondern Art weiter entwickelt, in einer bereits begonnenen Ausübung gehemmt, und da er in dieser Lage dauernd zu bleiben eben so wenig, als den ganzen bereits vorhandenen Zustand aufzugeben genöthigt seyn kann, wenn nicht der Nunciant schon ein Recht auf Unterlassung von Seiten des Nunciaten erworben hat, so wird auch die Nachweisung eines solchen erforderlich (aus einer Präsumtion für die Unrechtlichkeit der Nunciation erklärt dies Hasse d. j. im Rhein. Mus. III. S. 415.), nemlich in einer Verhandlung vor dem Prätor, bei welcher allgemeiner Regel nach der Nunciat die Rolle des Beklagten hat (vgl. L. 1. §. 9. L. 25. §. 10. D. de O. N. N. und Francke a. a. O. S. 376. 377.). Allein um die Demolirung desjenigen, was nach der Nunciation derselben zuwider gebaut worden, durch ein Interdict erlangen zu können, kommt

Verbot gegen ihn wirkſam iſt, ergiebt ſich aus der operis novi nunciatio, und daß der nicht beſitzende Eigenthümer ein Verbot des fehlerfreien Beſitzers achten muß, folgt daraus, daß auch ein Berechtigter gegen einen Unberechtigten vi aut clam handeln und dadurch das Interdict gegen ſich begründen kann [77]). Das bloße Verbot eines Nichtbeſitzers gegen die Ergreifung des Beſitzes des Seinigen braucht er aber deshalb nicht zu achten, weil ein ſolches hier, wo es ſich um einen eigentlichen Beſitz handelt, auch einem Nichteigenthümer gegenüber von gar keiner rechtlichen Bedeutung ſeyn würde. — Denn ein ſolches kann nur da eine ſolche mit ſich führen, wo der Verbietende entweder ſchon ein ausſchließliches Recht hat, oder wo die Verwirklichung des Zuſtandes, den er ſich erwerben oder erhalten will, bloß ein Unterlaſſen von Seiten des andern Theils erfordert [78]). Nur als Ausſchließung kann dem Verbote einer Privatperſon gegen eine andere rechtliche Wirkung beigelegt werden, weil ja kein Subordinationsverhältniß unter ihnen beſteht. Das Ausgeſchloſſenſeyn iſt aber allerdings rechtliche Wirkung des Factum des Verbots; es iſt zwar kein factiſches Ausgeſchloſſenſeyn, welches die factiſche Möglichkeit des Entgegenhandelns aufhöbe, aber es zieht dieſem Entgegenhandeln

---

es gar nicht darauf an, daß dem Nunciaten kein Recht zu der Handlung zugeſtanden. L. 20. § 2. 3. D. de O. N. N.

77) Vgl. L. 1. §. 2. D. quod vi aut clam not. 58 cit. — Ueberdieß unterliegt ja auch der Eigenthümer dem fehlerfreien Beſitzer gegenüber im Interdictenprozeß.

78) Vgl. oben bei not. 60. Daher iſt auch ein bloßes prohibere gegen Beſitzergreifung herrenloſer Dinge ohne Bedeutung (L. 1. §. 18. D. de O, N. N. 39. 1.); ja, es kann bei Mobilien und Moventien für Interdictenſchutz überhaupt nie von Bedeutung werden, inſofern es nicht gegen eine bloße Ortsveränderung in Anſehung derſelben, welche nicht zugleich eine contrectatio enthält, alſo gegen ein opus in solo factum (L. 1. §. 4. D. quod vi aut clam) gerichtet iſt. Und da das interdictum quod vi aut clam ſich weder auf eigentliche Beſitzergreifungen noch auf Beſchädigungen bezieht, ſo iſt für die Anwendung deſſelben bei Mobilien, abgeſehen von dem eben genannten Falle, auch überall kein Raum-

einen rechtlichen Mangel zu, so lange nicht dem Verbote durch Zurücknahme oder richterliche Aufhebung seine Kraft entzogen ist [79]). — Es ist also die Regel aufzustellen: jedes Verbot einer Person, d. h. jede Aeußerung ihres entgegenstehenden Willens, welche in der Art geschehen, daß sie die Absicht an den Tag legt, dadurch eine Hinderung bewirken zu wollen [80]), welches gegen die Veränderung eines körperlichen Zustandes gerichtet ist, durch dessen Erhaltung dieselbe vermöge ihrer Persönlichkeit einen Erwerb zu machen oder ein Recht zu erhalten Anspruch hat, muß von jedem zu dessen Kunde es gelangt [81]) geachtet werden, und das Zuwiderhandeln gegen dasselbe ist vis. — Die vis hat daher andere Voraussetzungen bei dem auf die Erhaltung eines solchen Zustandes sich beziehenden interdictum quod vi aut clam, und andern bei den auf den Besitz sich beziehenden Interdicten. Während bei jenem schon eine vis vorhanden ist, wenn dem durch ein bloßes Verbot ausgesprochenen Willen eines Andern entgegen gehandelt wird, erfordert sie hier, daß dieser Wille bereits in einer thatsächlichen Herrschaft an einem Körper eine positive Verwirklichung gefunden hat. Wer gegen das bloße Verbot eines nichtbesitzenden Eigenthümers den Besitz ergreift, begründet zwar das interdictum quod vi aut clam, nicht aber ein interdictum unde vi oder uti possidetis gegen sich. Denn letztere sind nur dem possessor verhießen und ein solcher kann man durch bloßes Verbot nicht werden. Bei der Heimlichkeit hat sich dahingegen der entgegenstehende Wille eines Andern über-

---

79) Die letztere kann freilich nicht vorkommen, wo par conditio vorhanden (vgl. oben not. 59.), also in der Regel nur vermöge eines vom Richter anerkannten Rechts des Behinderten. Vgl. Hasse d. j. a. a. O. III. S. 611. ff. IV. S. 11—13

80) So das Verbot verstanden, ist es richtig, daß der nicht als Verbot an den Tag gelegte Wille zu hindern, den Mangel der Gewalt nicht herbeiführen kann(Hasse a. a. O. IV. S. 10. 11.

81) Arg. L. 20. §. 3. D. quod vi aut clam. Hasse a. a. O. S. 7. 8. Auch durch Repräsentanten kann das Verbot wirksam geschehen. Vgl. L. 17. D. eod.

all noch nicht in der Art manifeſtirt, daß derſelbe in eine Hinderung bezweckende Thätigkeit übergegangen; ja es darf dieſer ſelbſt nicht in der Lage geweſen ſeyn, ſeinen Willen auf ſolche Art gegen die fragliche Handlung ausſprechen zu können, er darf dieſe nicht, während er durch Verbot zuvorzukommen im Stande war, gekannt haben, wenn ſie den Character einer heimlichen haben ſoll [82]). Die Heimlichkeit beruht allein darauf, daß der, welcher dem Willen eines Andern zuwider handelt, es weiß oder wiſſen muß, daß dieſer einen rechtlich genügenden Grund hat, um ihn, wenn er ſeine Handlung kennte, zu einer Hinderung zu veranlaſſen. Ob dieſe Hinderung durch ein bloßes Verbot geſchehen könnte, oder ob daſſelbe durch eine Beſitzergreifung verwirklicht werden müßte, darauf kommt es hier nicht an. Es genügt, daß ein rechtlich wirkſamer Widerſpruch zu erwarten ſteht [83]). Die Heimlichkeit hat daher bei allen Interdicten dieſelbe Vorausſetzung, und wenn dieſe vorhanden iſt, für Beſitzer und Nichtbeſitzer dieſelben Interdicte zur Folge; die Verſchiedenheit der Interdicte hängt hier nicht von einer Verſchiedenheit des factiſchen Verhältniſſes des Verletzten, ſondern nur von der Verſchiedenheit der Thätigkeit des Verletzers ab. Während bei der vis nach dieſer letzteren Thätigkeit auch die hindernde Thätigkeit des Verletzten ſich modificirt, bleibt ſie bei der Heimlichkeit der Natur der Sache nach immer eine und dieſelbe Unthätigkeit. Der Grund der Befürchtung des Widerſpruchs kann hier nun nie ein aus der Perſönlichkeit allein fließender bloßer Anſpruch auf die Erhaltung eines Zuſtandes für die Förderung eines Intereſſe ſeyn.

---

82) Daher kann der Mangel der Heimlichkeit durch eine denunciatio abgewendet werden. L. 3. §. 7. L. 5. pr. §. 1—7. D. eod.

83) Ulp lib. 70. ad ed. L. 6. pr. D. de A. v. A. P. 41. 2. „Clam possidere eum dicimus, qui furtive ingressus est possessionem, ignorante eo, quem sibi controversiam facturum suspicabatur, et ne faceret timebat.“ Vgl. L. 40. §. 2. D. eod. L. 3. §. 7. 8. L. 4. D. quod vi aut clam. . . . . „si modo timuit ejus controversiam, aut debuit timere“ . . . et sim.

Denn darin ſind Alle, welche ein ſolches Intereſſe haben können, in pari conditione; erſt die des prohibentis iſt potior [84]). Nur der Beſitz eines Zuſtandes oder ein Recht auf denſelben kann hier als ein ſolcher Grund in Betracht kommen. Erſterer muß aber in Beziehung auf eine in den Beſitzſtand eingreifende Handlung eine andere Wirkung äußern, als letzteres. — Die possessio desjenigen nemlich, der noch nicht weiß, daß ein Anderer in ſeinen Beſitzſtand eingegriffen hat, um ſich denſelben anzueignen, muß, wenn er ſie auch nur solo animo retinirt, als eine naturalis gelten, weil ſie nicht auf einem Verhältniſſe zu einem andern Inhaber beruht [85]). Derjenige, welcher in den Beſitzſtand eines Andern eingreift, kann doch ebenfalls nur eine naturalis possessio erlangen; dies iſt aber hier unmöglich, weil der andere Theil noch die naturalis possessio hat und behält [86]). Da, wo es eine possessio quae solo animo retinetur gibt, nemlich bei Grundſtücken, kann alſo der heimlich Eindringende nicht einmal eine clandestina possessio erlangen, ſondern nur heimliche Beſitzhandlungen ausüben. Hier bedarf indeß folgende Stelle noch einer nähern Betrachtung:

> Ulp. lib. 70. ad ed. L. 6. §. 1. D. de A. v. A. P. 41. 2.
> „Qui ad nundinas profectus neminem reliquerit, et cum ille a nundinis redit, aliquis occupaverit possessionem, videri eum clam possidere, Labeo scribit. Retinet ergo possessionem, is qui ad nundinas abit.“

Wenn hier das clam possidere des Labeo eine possessio in demſelben Sinne ausdrückte, wie das: retinet possessionem Ulpian's, ſo wäre die Folgerung deſſelben widerſinnig [87]).

---

84) Vgl. not. 59. Daher bedarf es zur Begründung des Interdicts in den zur o. n. nunc. geeigneten Fällen auch immer des Prohibirens durch die nunciatio.

85) Vgl. oben §. 2. not. 31.

86) Vgl. oben §. 2. not. 50.

87) Daß Ulpian die Meinung des Labeo berichtige, kann doch des ergo wegen hier, wo eine Berichtigung zu einem directen con-

Zwei Interpretationswege ſind hier denkbar. Entweder negirt Labeo durch den Beiſatz clam, eine wirkliche naturalis possessio, und bezeichnet mit dem possidere nur Beſitzhandlungen, und es redet dahingegen Ulpian von einer fehlerfreien naturalis possessio; oder es redet auch Labeo von einer fehlerhaften naturalis possessio und Ulpian von einer bloß der Zuſtändigkeit des interdictum retinendae possessionis wegen angenommenen possessio. — Nimmt man letzteres an, ſo muß, wenn der Verdrängte den Eindringling vertreiben will und mit Gewalt zurückgewieſen wird, die possessio des letztern eine clandestina bleiben [88], weil ja dann dieſe Gewalt nur Vertheidigung einer ſchon vorhandenen possessio iſt, und der prätoriſche Beſitz des Verdrängten muß verloren gehen, ſobald ein Dritter von dem Eindringling die possessio erwirkt. Gegen die erſte Folgerung reden aber klare Geſetze [89], und damit muß man denn auch die letztere für unrichtig erklären [90]. Der erſtere Interpretationsweg iſt alſo der richtige, und bei der

---

trarium führen würde, nicht angenommen werden; wiewohl ſich dieſe Annahme, aber ohne Angabe von Gründen gegen die ſich doch aufwerfenden Bedenklichkeiten, bei Savigny a. a O. §. 32. findet. — Dieſe Annahme hängt mit der zuſammen, daß die römiſchen Juriſten, namentlich Labeo, einmal geglaubt hätten, daß ein ſolcher Eindringling, ehe er den possessor vertrieben, oder dieſer aus Furcht vor ihm die Reoccupation aufgegeben, wirklich eine naturalis possessio erlange. — Dafür fehlt es aber an Zeugniſſen, wenn man nicht annimmt, daß gerade Labeo nach L. 6. §. 1. D. cit. ihm eine ſolche zugeſchrieben habe. Vgl. not. 91.

88) Origo nanciscendae possessionis exquirenda est. L. 6. §. 1. D. cit.

89) L. 6. §. 1. D. cit.: „Verum si revertentem dominum non admiserit, vi magis intelligi possidere, non clam.“ Vgl. L. 25. §. 2 L. 46. D. eod.

90) Denn wenn durch das gewaltſame Zurücktreiben die possessio des Eingedrungenen ihre Qualification erlangt, ſo muß ſie auch mit dieſer Handlung erſt beginnen. Vor derſelben kann er alſo auch keinem Andern eine possessio einräumen, und es kann auch kein Anderer dadurch, daß er ihn verdrängt, eine ſolche erlangen; was

ſ. g. beſitzverletzenden Heimlichkeit beſteht demnach an Grundſtücken gar keine wahre clandestina possessio [91], ſondern nur bei ſ. g. eigenthumsverletzenden, nemlich bei derjenigen, bei welcher der Eindringling weiß, daß ein Nichtbeſitzer vermöge eines Rechts einen Widerſpruch gegen ſein Eindringen erheben würde, wenn es ihm bekannt wäre. Nur in ihren Folgen für den Beſitz von Grundſtücken, nicht aber im Begriffe, ſind jene beiden Arten der Heimlichkeit, wenn man ſie als ſolche unterſcheiden will, verſchieden [92]. Auf die Wirk-

---

aber nicht mit Albert a. a. O. S. 65. von jeder clandestina possessio, nemlich nicht von der bloß eigenthumsverletzenden, geſagt werden kann.

91) Schon deshalb beſteht ſie nicht, weil es platterdings unmöglich iſt, daß jemand an einem noch vorhandenen Grundſtücke ohne ſein Wiſſen eine beſtehende naturalis possessio verliert. Denn ſo lange er die Ueberzeugung zu beſitzen hat, kann doch nur eine übermächtige körperliche Herrſchaft ihn ausſchließen, und dieſe Uebermacht kann doch nicht eher juriſtiſch als vorhanden betrachtet werden, als bis dieſelbe ſich in einem Streite zwiſchen den beiden Theilen und ihren etwanigen Helfern gezeigt hat. Denn da dieſe Uebermacht nicht allein von den körperlichen Kräften der beiden Gegner, ſondern auch von ihrem Muthe und der etwanigen Beihülfe abhängt, ſo kann vorher doch nur eine Wahrſcheinlichkeit für eine ſolche Uebermacht ſeyn. Aus der Erwägung, ob dieſe Wahrſcheinlichkeit ſchon zum Verluſte des Beſitzes genüge, erklärt ſich die Faſſung der L. 18. §. 3. 4. L. 25. §. 2. D. de A. v. A. P., die keineswegs darauf hindeutet, daß einige Juriſten dieſelbe für genügend gehalten. Auch Celſus in L. 18. §. 4. D. cit. läßt keineswegs den Beſitz des von einer Kriegsmacht occupirten Theils eines Grundſtücks, von der der in dem andern Theile befindliche und verharrende Beſitzer noch gar nicht perſönlich angegriffen worden, verloren gehen, ſondern es heißt nur: eam tantummodo partem quam intraverit (exercitus) obtinet. Die eingedrungene Macht übt zwar Beſitzhandlungen aus, aber der Beſitzer hat doch noch die rechtliche Möglichkeit des expellere (wenn auch nur mit vielleicht unerwarteter Hülfe) nicht verloren; und wo dieſe vorhanden, exiſtirt doch auch die naturalis possessio. Dieſe iſt erſt verloren, wo das Vertreiben ein dejicere wird.

92) Unrichtig iſt es alſo, in der Unterſcheidung zwiſchen clam possidere ratione dominii und clam possidere ratione possessionis

ſamkeit des Interdictenſchutzes erſtreckt ſich die Verſchiedenheit indeß nicht, ſondern nur auf die Gründe der Wirkſamkeit. Denn beim interdictum retinendae possessionis wegen Grundſtücke beſteht ſie nur darin, daß der Eindringling bei der beſitzverletzenden Heimlichkeit vermöge der naturalis possessio, bei der eigenthumsverletzenden vermöge der Exception oder der prätoriſchen possessio ſeines Gegners unterliegt [93]). Ein interdictum recuperandae possessionis kann hier aber um deswillen nicht ſtattfinden, weil der Verletzte entweder gar keinen Beſitz gehabt oder den ſeinigen nicht verloren hat [94]). Wo er ihn verloren hätte, nemlich bei der beſitzverletzenden Heimlichkeit an Mobilien, iſt kein beſonderes interdictum recuperandae possessionis gegeben. — Eine wirkliche clandestina possessio

---

mit Albert a. a O. §. 57. mit not 2. S. 68. ff und daſelbſt Cit zwei verſchiedene coordinirte Begriffe der Heimlichkeit zu finden. Und daß bei dem beide Arten umfaſſenden Begriffe von Heimlichkeit dieſelbe auch auf den Mangel einer causa geſtützt werden könne (Albert a. a. O. S. 93. 94.) iſt, ohne Beziehung auf eine beſtimmte Perſon, nur dann richtig, wenn eine gefliſſentliche Verheimlichung vorgenommen, weil es dann nicht darauf ankommt, ob man den wirklich Berechtigten kennt, und gerade vor dieſem verheimlicht. L. 5. §. 5. D. quod vi aut clam.

93) Unrichtig iſt es alſo, wenn Savigny a. a. O. §. 41. S. 549. ff. den früher angenommenen quellenmäßigen Begriff der Heimlichkeit verläßt, und nur der beſitzverletzenden Heimlichkeit eine juriſtiſche Bedeutung und die Wirkung eine Exception zu begründen, beilegt. Auch das clam ab altero possidere ſagt nichts dafür, da ja darin nicht gerade die Bedeutung liegt, daß dem Andern der Beſitz entzogen ſey.

94) Daher erſcheint das Beſtehen eines beſondern interdictum de clandestina possessione im frühern Rechte (Savigny a. a. O. §. 41. S. 552. ff.) auch mehr als zweifelhaft. Vgl. not. 87 91. Denn das: „de clandestina possessione competere interdictum“ (Julian. scribit); in L 7. §. 5. D. comm. div. 10. 3. und die Stelle bei Cic. in Rull. III. 3. (vgl. Savigny a. a O. S. 553. not. 1.), können auch ſo verſtanden werden, daß man wegen Clandeſtinität des Gegners im interdictum uti possidetis ſiegen könne.

iſt ſonach auch immer eine malae fidei possessio [95]). — Der dritte Mangel der bittweiſen Geſtattung beruht auf einer zwiſchen dem precairen Beſitzer und dem, welcher ein jus possidendi, oder auch nur eine gegen jeden wirkſame possessio hat [96]), wenn auch nur ſtillſchweigend eingegangenen Uebereinkunft über die Abhängigkeit des Beſitzes des erſtern von dem Willen des letztern. Dieſe genügt, um das precarium herzuſtellen [97]). Es beſteht nemlich dieſes überhaupt nur in einem factiſchen Verhältniſſe [98]). So lange das precarium beſteht, haben beide Theile eine naturalis possessio, wenn nicht etwa der precario dans dem rogans nur eine detentio alieno nomine geſtattet [99]). Erſt dann, wenn der Wille des rogans in Beziehung auf die possessio ſich, durch die Aufhebung jener Abhängigkeit oder des precarium, unabhängig macht, erlangt er eine ausſchließliche, aber fehlerhafte naturalis possessio; oder es wird vielmehr, bei ſofort concedirter possessio, dieſe ihres precairen Anfangs wegen fehlerhaft [100]), ſobald ſie die Eigenſchaft der factiſchen Ausſchließlichkeit erlangt. In dieſem letztern Falle kann die precaria possessio, eben ſo wie die eigentliche clandestina, auch eine bloß eigenthumsverletzende

---

95) Inſofern kann man freilich mit Albert a. a. O. S. 68. ſagen, daß Heimlichkeit gegen einen Nichtbeſitzer in die Lehre von der Verjährung gehört; aber ſie gehört nicht als ſolche dahin, ſondern nur als mala fides. Daher heißt es denn auch in L. 4. pr. D. pro suo 41. 10. . . . „neque idem et pro suo, et clam possidere potest.“

96) L. 7. D. de precario 43. 26.: „Sed et si eam rem, cujus possessionem per interdictum uti possidetis retinere possim, quamvis futurum esset ut tenear de proprietate, precario tibi concesserim, teneberis hoc interdicto.“ Vgl. L. 6. §. 4. D. eod.

97) Paul. R. S. V. 6 §. 11. . . . „qui nullo voluntatis judicio, patiente tamen domino possidet.“

98) L. 2. pr. D. de precario 43. 26. . . . „ex hac solummodo causa, quod preces adhibuit, et impetravit etc. Vgl. L. 3. §. 1. L. 2. §. 3. L. 9. L. 22. pr. D. eod. L. 4. §. 2. D. eod.

99) Vgl. oben §. 2. not. 50. 53. L. 10. pr. §. 1. D. de A. v. A. P. L. 6. §. 2. D. de precario.

100) Vgl. Albert a. a. O. S. 75. ff.

ſeyn, wenn nemlich ein nichtbeſitzender Eigenthümer das precarium concedirt hat [101]), während da, wo nur die detentio eingeräumt werden, die fehlerhafte naturalis possessio des Präciſten nie eine precario werden kann, weil eine possessio nur durch Dejection des von ihm repräſentirter Concedenten ihm zu erlangen möglich iſt [102]). Der Mangel der Heimlichkeit, wie der der bittweiſen Geſtattung, zeichnet ſich aber vor dem der Gewalt immer dadurch aus, daß er immer eine Verbindnng des Beſitzes von rechtlicher Art mit einer andern Perſon vorausſetzt, dieſelbe beſtehe nun in einem eigentlichen jus possidendi oder, was bei der precario possessio genügt, in einem gegen jeden wirkſamen Interdictenſchutz [103]), während der Mangel der Gewalt nur eine factiſche Verbindung mit einem Andern, eine bloße naturalis possessio [104]) vorausſetzt; wobei denn auch eine bloße irrige Meinung von dem Daſeyn ſolcher Vorausſetzungen den Mangel nicht hervorbringen, das Beziehungsverhältniß zu einer dritten Perſon nicht herſtellen

---

101) L. 18. D. cod. „Unusquisque potest rem suam, quamvis non possidet, precario dare ei qui possideat.“ — Das interdict. de precario iſt alſo in dieſem Falle adipiscendae possessionis; und daß es immer recuperandae possessionis ſey (Savigny a. a. O. §. 11. sub D. Albert, a. a. O. S. 73.) iſt nur dann wahr, wenn man den precario dans bloß wegen ſeines Verhältniſſes zum Preciſten als possessor betrachtet (vgl. oben §. 2. bei not. 25.). Reſtitutoriſch iſt das Interdict aber immer, und nie prohibitoriſch (L. 2. §. 1. D. eod.)

102) Vgl. oben §. 2. not. 24.

103) Vgl. oben not. 39. Zur claudestina possessio kann dieſer aber nicht genügen. Denn entweder hat der, deſſen Wiederſpruch man fürchtet, auch die naturalis possessio; dann erlangt der Eindringling gar keine possessio. Oder jener hat eine bloß prätoriſche possessio, und der Erworbene erlangt die possessio wiſſentlich von einem mangelhaften naturalis possessor; dann geht mit der possessio des letztern auch jene prätoriſche des erſtern unter, und kann alſo den Beſitz des neuen Erwerbers nicht mehr afficiren.

104) Vgl. oben §. 2. not. 9. 27. 28.

kann [105]). Demnach kann auch Niemand an ſeinem Eigenthume eine claudestina oder precaria possessio, eben ſo wenig als eine malae fidei possessio oder eine detentio alieno nomine haben [106]), wohl aber gewaltſamen Beſitz [107]).

In wiefern übrigens die mala fides und der Mangel einer justa causa ebenfalls als Mängel des Beſitzes betrachtet werden dürfen, hat bei der gegenwärtigen Erörterung, wegen der Gränzen, die ihr gezogen werden mußten, nicht berückſichtigt werden können.

---

105) Vgl. L. 9. §. 4. D. de juris et facti ignor. 22. 6. Daß nicht der, vor dem man, in der Meinung, daß er ein Berechtigter ſey, verheimlicht, das Interdict erwirbt, zeigt L. 5. §. 5. D. quod vi aut clam. — Anders wäre es wenn eine ſolche Meinung die Ueberzeugung der körperlichen Herrſchaft ausſchlöſſe. —

106) L. 49. §. 3. D. de A. v. A. P. L. 4. §. 3. D. de precario. Dies leidet freilich eine Modification, wenn ein Anderer, als der Eigenthümer, das jus possidendi hat.

107) L. 4. §. 26. D. de usurp. 41. 3.

II.

Ueber die Colliſion der Privatrechtsgeſetze verſchiedener Staaten.

Von

Wächter.

§. 1. Ueber die Frage, nach welchen Geſetzen bei der ſogenannten Colliſion der Privatrechtsgeſetze *verſchiedener Staaten* (§. 2. Not. 10.) der Richter dem *gemeinen* Rechte zu Folge zu entſcheiden habe, iſt ſchon ſo viel geſchrieben worden, daß eine ausführliche Erörterung derſelben einer beſonderen Rechtfertigung zu bedürfen ſcheint. Der Gegenſtand